

Coordenadores

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
ADALBERTO PASQUALOTTO

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

CONVERGÊNCIAS E ASSIMETRIAS

ADALBERTO PASQUALOTTO / AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA /
ANDERSON SCHREIBER / CLAUDIA LIMA MARQUES /
FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE / GUSTAVO TEPEDINO /
HELOISA CARPENA / JOÃO BATISTA DE ALMEIDA /
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES / LEONARDO ROSCOE BESSA /
LUCIANO BENETTI TIMM / ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
/ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR / SERGIO CAVALIERI FILHO

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR – v. 26

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Diretor: ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN

26. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e Assimetrias*. Roberto A. C. Pfeiffer e Adalberto Pasqualotto (Coord.). São Paulo: RT, 2005.

Obras publicados nesta Série vide p. 352

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAINHA	
Nº	DATA
740438	03.10.05

339.379.8(81)
c669d
v. 26

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 : convergências e assimetrias / coordenadores Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Adalberto Pasqualotto. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Biblioteca de direito do consumidor ; v. 26)

Vários colaboradores
ISBN 85-203-2786-9

I. Consumidores – Leis e legislação – Brasil 2. Direito civil – Brasil I. Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. II. Pasqualotto, Adalberto. III. Série

05-6279

CDU-34:381.6:347(81)(094.46)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil comentado 34:381.6:347(81)(094.46) 2. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil : Comentado : Brasil 34:381.6:347(81)(094.46)

IV OS JUROS NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR *

SUMÁRIO: 1. O Código Civil de 1916 – 2. O Decreto 22.626/33 – 3. A Lei 1.521/51 – 4. Diferença da Extensão das Normas sobre Juros – 5. A Lei 4.595/64 – 6. Os Juros no Sistema Financeiro e a Comissão de Permanência – 7. A Medida Provisória 2.172-32 – 8. O Código de Defesa do Consumidor e os Juros – 9. A Cédula de Crédito Bancário e a Lei 10.931/2004 – 10. O *Factoring* – 11. O Cartão de Crédito – 12. A Venda a Crédito – 13. Os Juros no Código Civil de 2002 – 14. A Taxa de Juros no Código Civil de 2002, a SELIC, o Código Tributário Nacional e a Indenização Suplementar – 15. O Início da Fluência dos Juros – 16. A Vigência do Código Civil de 2002 quanto aos Juros – 17. Resumo.

1. O Código Civil de 1916

Início fazendo uma referência à questão, assim como se colocava antes do Código Civil de 2002. O Código de 1916 tinha, nos arts. 1.062 e 1.262, duas disposições principais a respeito de juros. No art. 1.262, cuidava do juro remuneratório no contrato de mútuo, devido desde quando a pessoa recebe o capital. É o juro que remunera o capital, compensa a perda da disponibilidade do dinheiro por quem fornece o mútuo. Era permitida a capitalização, não havia limite para a fixação da taxa, mas tais juros não eram presumidos, pois deveriam ser estipulados no contrato.

No art. 1.062, estava previsto o juro como efeito do descumprimento das obrigações. Caracterizada a mora, isto é, havendo o inadimplemento, a partir dali eram devidos outros juros, pelo não cumprimento da obrigação. Esses juros moratórios tanto existiam no mútuo, quando há o empréstimo, como em qualquer outra situação de inadimplência, seja pelo descumprimento contratual (o sujeito não cumpre com a sua obrigação

(*) Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

e, por causa disso, incide em mora; a partir daí, paga os juros da mora), como também para todos os casos de infração à lei. Isto é, na hipótese de ilícito absoluto, com a ofensa ao direito de outrem, independentemente da prévia existência de um contrato (por exemplo, o dano por fato culposos no trânsito de veículos, caso de responsabilidade extracontratual; art. 159 do CC/1916 e art. 186 do CC/2002). A partir da infração – que significa o descumprimento de um dever legal – são devidos juros em razão desse descumprimento. Em duas palavras: com o inadimplemento, há a mora; com a mora, incidem os juros moratórios.

Havendo contrato, os juros de mora podiam ser convencionados sob qualquer taxa, sem prévia limitação legal; se não houvesse previsão contratual da taxa, essa seria de 6% ao ano (art. 1.063 do CC/1916). Não existindo o contrato, e sendo por isso os juros devidos por força de lei (juros legais), como no ilícito absoluto (responsabilidade extracontratual), a taxa seria de 6% ao ano.

Lacerda de Almeida, logo que o Código de 1916 foi editado, observou que esse era um código argentário, porque, na verdade, liberava a usura e fugia da nossa tradição jurídica, que era a de limitar juros e proibir o anatocismo, exatamente o que o Código de 1916 não fez.

2. O Decreto 22.626/33

Depois disso, veio o Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, a Lei de Usura, que retornou à idéia de que os juros, de algum modo, deveriam ser limitados, porque essa exigência da limitação decorre da própria natureza da relação estabelecida entre quem dispõe do capital e o que dele necessita. O Cristianismo sempre sustentou a necessidade de limitar a força de quem dispõe do capital, impondo-lhe limites, porque, normalmente, quem tem premência do dinheiro está sujeito a aceitar qualquer tipo de cláusula negocial.

Em razão disso, o Estado, de um modo geral, na nossa tradição de séculos, procurara limitar a possibilidade de fixar taxas de juros. O Decreto 22.626/33 restabeleceu essa tradição: “Art. 1.º É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”. Referia-se, então, a quaisquer contratos – não apenas ao mútuo –, permitindo a cobrança de juros até o dobro da taxa legal, então de 6%, ou seja, até 12% ao ano.

A taxa anual de 12% passou a ser o percentual adotado genericamente nos contratos, no ambiente bancário ou fora dele. O Decreto 22.626/33 também tinha disposição proibindo a cobrança de comissões acima dessa taxa. Ainda, proibiu a capitalização dos juros, que é a cobrança de juro sobre juro. Em caso de mora, permitiu a elevação dos juros remuneratórios em mais 1%, com o que os juros moratórios corresponderiam a mais 1% daquilo que havia sido fixado para os juros remuneratórios. Qualquer contrato estabelecido contrariamente ao disposto naquele Decreto seria considerado nulo (ou o contrato seria no todo considerado, segundo uma interpretação mais extensiva, ou nula seria considerada apenas a cláusula, como predominantemente se entende) (art. 11 do Decreto 22.626/33).

3. A Lei 1.521/51

A regra de 1933 foi, de algum modo, alterada em 1951, com a Lei 1.521, de 26.12.1951, que tratou da economia popular. A lei definiu dois tipos de usura: a pecuniária e a real. A usura pecuniária é a cobrança de juros acima da taxa legal, e a usura real corresponde à prestação um quinto acima do justo valor que deveria ser pago. Haveria usura real sempre que, no contrato, uma das partes ganhasse 20% a mais do que o devido (art. 4.º, b); a cláusula era inválida, e cabia ao juiz fazer o abatimento necessário (art. 4.º, § 3.º).

Tal prescrição corresponde a um conceito antigo do nosso Direito sobre a lesão, que vem de Roma. Não a referiu o Código de 1916, que resultou de uma concepção individualista, fundada nos princípios de que o homem é capaz, por sua razão, de organizar o mundo e, pela força autônoma da sua vontade, de decidir livremente sobre suas ações; fundada na idéia de que o homem é igual, livre e racional. Celebra um contrato, deve cumpri-lo; aceita a cláusula, sem vício de vontade, não interessa examinar o seu conteúdo. Daí por que o Código de 1916 não tinha nenhuma regra sobre lesão, e o Código Comercial de 1850, feito dentro dessa mesma idéia, proibia que se a invocasse.

Como se vê, a Lei 1.521/51 reintroduziu no nosso Direito, ao lado da usura pecuniária (assim considerada a cobrança de juros além dos 12%), a usura real (lesão), que foi depois retomada no Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990 (art. 51, IV, da Lei 8.078, de

11.09.1990). Neste, foi prevista a nulidade de cláusula com desproporção manifesta entre as prestações. Agora, no art. 157 do Código Civil de 2002, a lesão surge como causa de nulidade de cláusula que estabeleça vantagem exagerada em favor de uma das partes, quando obtida em razão da inexperiência ou da necessidade da outra. Esse elemento subjetivo (inexperiência ou necessidade do outro) não está no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, na relação de consumo, basta a desproporção entre as prestações para que se caracterize a lesão.

4. Diferença da Extensão das Normas sobre Juros

É interessante observar a diferença de extensão das normas sobre juros, entre os dois Códigos Civis e a legislação esparsa.

Os Códigos de 1916 e 2002 apenas regulam os juros remuneratórios no mútuo (arts. 1.262 e 591, respectivamente). O Decreto 22.626/33 ampliou o campo de incidência da regulamentação e proibiu “estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal” (art. 1.º). A Lei 1.521/51 manteve essa extensão para além do mútuo e definiu como crime cobrar juros sobre *dívidas de dinheiro*, acima da taxa permitida por lei (art. 4.º, a). Já a Medida Provisória 2.172, de 23.08.2001, ao regular os juros, apenas mencionou os devidos em razão do mútuo, tendo por nulas de pleno direito, nos contratos civis de mútuo (não bancários), as estipulações usurárias, assim consideradas as de taxas superiores às legalmente permitidas. Como se vê, nem o Código Civil de 2002, em vigor, nem a MP 2.172/2001, também vigente, tratam dos juros remuneratórios devidos no contrato de mútuo, nada dispondo sobre os devidos em razão de outros contratos.

Com isso, surge a questão sobre a vigência dos diplomas anteriores, no que diz com os juros remuneratórios nos contratos que não sejam de mútuo, como no *factoring* e na venda a crédito, do que tratarei adiante.

5. A Lei 4.595/64

Em 1964, sobreveio a Lei 4.595, que dispôs sobre as instituições financeiras e, no art. 4.º, inc. IX, atribuiu ao Conselho Monetário Nacional a competência para limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, assegurando taxas favorecidas a certos financiamentos.

Com base nessa disposição, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 596: “As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”.

As regras aplicáveis seriam as editadas pelo Conselho Monetário Nacional, órgão competente para dispor sobre limitação de juros, pois se entendeu que a disposição do art. 4.º, sobre “limitar as taxas de juros”, na verdade, permitia estabelecer taxas de juros abaixo dos 12% previstos na lei, ou acima desse quantitativo.

6. Os Juros no Sistema Financeiro e a Comissão de Permanência

Isso provocou, portanto, um divisor de águas: de um lado, estavam os juros devidos nos contratos celebrados no mundo civil e comercial; de outro, os contratos mantidos pelas instituições financeiras, que dependeriam do regramento a ser estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional para cada tipo de negócio ou para cada situação.

Aconteceu que o Conselho Monetário Nacional liberou os juros, autorizando o entendimento – depois sufragado pelo STJ – de que as instituições financeiras no Brasil podem cobrar juros pela taxa média de mercado. Essa taxa média de mercado é aquela que decorre da prática bancária, exercida pelos próprios bancos, o que significa que a liberação na verdade aconteceu, com exceção para alguns tipos de contrato especialmente protegidos.

A liberação foi para a cobrança dos juros remuneratórios e dos devidos depois da mora (moratórios).

Também se admitiu a cobrança de uma parcela denominada “comissão de permanência”, para o caso de inadimplência, igualmente fixada de acordo com a taxa média do mercado.

A comissão de permanência surgiu da nossa prática comercial, com a importância que hoje tem, depois do recrudescimento do fenômeno da inflação no País, na década de 1960, quando não havia lei ou precedente judicial autorizando a correção dos débitos expressos em moeda (dívidas em dinheiro), modalidade pela qual se realiza a maioria dos contratos bancários. Apenas era possível corrigir as chamadas dívidas de valor,

não expressas em quantias certas de moeda. Com isso, os bancos, para se protegerem da inflação, uma vez que seus créditos eram em moeda, e a moeda se desvalorizava, começaram a cobrar, além dos juros, a correção monetária, sob o título de comissão de permanência. Essa comissão de permanência já era cobrada e tinha por base o ressarcimento das despesas com os serviços administrativos decorrentes da manutenção em carteira dos títulos vencidos e não pagos. Nela é que foi então incluída a parcela correspondente à desvalorização da moeda.

Hoje, nessa comissão de permanência, estão calculadas (1) a correção monetária, (2) as despesas administrativas com a manutenção dos títulos vencidos que estão em carteira e, mais significativamente, (3) a parte correspondente à remuneração do capital. Assim, depois do vencimento, o credor cobra a comissão de permanência em substituição aos juros remuneratórios, devidos desde o início da dívida até o vencimento. Essa comissão de permanência está sendo cobrada cumulativamente com juros moratórios, e é calculada pela taxa média de mercado. A taxa média utilizada não é a que corresponderia ao custo da obtenção desses recursos no mercado financeiro, mas sim à vantagem que teria o credor se, dispondo do dinheiro, fizesse sua melhor aplicação no mercado financeiro, com os índices mais altos de juros (ordinariamente, os do cheque especial). Isso explica o fato de os débitos bancários, depois de um certo tempo de inadimplência, alcançarem cifras tão elevadas, tornando-se impagáveis.

A partir da Lei 4.595/64, foram instaurados dois regimes: o que regula os contratos bancários, com taxas de juros e comissão de permanência com porcentagens liberadas, apuradas segundo a média do mercado; e um outro regime, para as demais relações em que há juros, submetido às disposições do Código Civil/1916, do Decreto 22.626/33 e da Lei 1.521/51.

Assim, a Súmula 296 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.

Essa súmula teve como um de seus precedentes o Recurso Especial 402.483/RS, Relator Ministro Castro Filho, julgado pela Segunda Seção do STJ, em 26.03.2003. Transcrevo a ementa:

“CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. JUROS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS. CUMULAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. É lícita a cobrança de juros remuneratórios, em consonância com o contrato, devidos também após o vencimento, à taxa média de mercado, desde que não supere esta o limite avençado, permitindo-se a cumulação dos remuneratórios com os juros moratórios, até 1% (um por cento) ao mês, tendo em vista a diversidade de origem de ambos. Recurso provido, em parte”. (DJ 05.05.2003, p. 215).

Sobre a cumulação da comissão de permanência com outras parcelas, a Seção de Direito Privado do STJ excluiu a correção monetária, entendimento que já estava sumulado no Enunciado 30 (“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”), mas permitiu a cobrança cumulativa da comissão de permanência e juros moratórios, isto é, juros + juros. Essa interpretação foi lavrada na Certidão de Julgamento do RESP 402.483/RS, da 2.^a Seção do STJ, mencionado acima:

“A Seção, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento para deferir a cobrança de juros remuneratórios conforme o contrato, que permanecerão depois do vencimento à taxa média de mercado, observado o limite do contratado, cumulados, então, esses juros remuneratórios com os juros moratórios de 1% ao mês, porque assim convencionado e no limite da lei”. (Brasília, 26.03.2003).

7. A Medida Provisória 2.172-32

Mais recentemente, em 2001, a Medida Provisória 2.172-32, tornada definitiva em razão da reforma constitucional que manteve as medidas provisórias em vigor na data da publicação da Emenda, sancionou com a nulidade duas espécies de disposições contratuais: nos contratos de mútuo, a que impõe juros acima do permitido na lei (art. 1.º, inc. I); nos demais contratos, a que prevê lucros e vantagens patrimoniais excessivos (art. 1.º, inc. II).

Repetiu, com certa restrição, o disposto no Decreto 22.626/33. Isto é, definiu como nulas as disposições que estabelecem taxas de juros acima da taxa legal permitida. Mas, ao tratar dos juros, apenas se referiu aos contratos de mútuo.

Também dispôs sobre a usura real, matéria que não estava no Decreto 22.626/33, mas constava da Lei 1.521/51, e proibiu a vantagem

desproporcionada em todos os demais contratos não disciplinados na legislação comercial nem no Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, inverteu o ônus da prova: toda vez que um credor, não sendo instituição bancária, vier a juízo alegar a existência de um crédito a seu favor e cobrar a dívida, cabe-lhe provar a licitude do negócio, se houver verossimilhança na impugnação do devedor. O art. 3.º estatuiu que as disposições da Medida Provisória aplicam-se a todos os mútuos, mas não aos contratos bancários; as instituições financeiras continuam reguladas pela Lei de 1964, quer dizer, pelas disposições do Conselho Monetário Nacional.

8. O Código de Defesa do Consumidor e os Juros

A aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor às cláusulas sobre juros nos contratos de consumo está hoje na berlinda, aguardando-se pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que está a julgar ADIN ajuizada pelas instituições bancárias, na qual se alega que, ao regramento sobre juros, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, já contando com votos favoráveis.

Recentemente, o STJ elaborou a Súmula 297, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Um dos precedentes que deu ensejo a esta súmula foi o seguinte:

“Recurso especial. Omissão inexistente. Código de Defesa do Consumidor. Instituição financeira. Relação de consumo. Contrato de abertura de crédito. Juros remuneratórios. Comissão de permanência. 1. Omissão inexistente no Acórdão recorrido, que decidiu fundamentadamente todas as questões postas na apelação. 2. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras por existir relação de consumo em relação aos respectivos clientes. Precedente da 2.ª Seção. 3. Os juros remuneratórios e a comissão de permanência, após o vencimento da obrigação, são encargos legais, não se podendo cobrá-los, entretanto, no mesmo período de inadimplência, de forma cumulada, tendo em vista que na composição deste último encontram-se inseridos juros. Orientação em contrário abre espaço para uma dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, ensejando enriquecimento indevido, e ao anatocismo, repellido em nosso Direito, salvo na forma anual, conforme estabelece a Lei de Usura para os mútuos bancários comuns. 4. Recurso

especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido”. (RESP 298.369/RS, 3.^a Turma do STJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 26.06.2003. DJ 25.08.2003, p. 296.).

Resta agora observar a evolução da jurisprudência quanto a este aspecto.

9. A Cédula de Crédito Bancário e a Lei 10.931/2004

A cédula de crédito bancário foi instituída pela Medida Provisória 1.925/99, mantida pela Medida Provisória 2.160/01, e hoje sua regulação foi reapresentada no Projeto de Lei 3.065/2004, que trata da incorporação imobiliária, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional e transformado na Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004.

O novo diploma contraria em muitos pontos a orientação jurisprudencial do STJ. A cédula está regulada de acordo com os princípios de independência que o Governo entende devam presidir as relações mantidas pelas instituições financeiras, pelo que permite sejam nela estipuladas as taxas de juros a critério do credor, a sua capitalização, diversas outras parcelas a título de comissões, multas e penalidades, além de garantias, inclusive (ou principalmente) a alienação fiduciária. Autoriza, também, que esses títulos sejam transferidos a terceiros. Nesse diploma, há algumas disposições bem interessantes. Uma delas refere que, na alienação fiduciária, o bem dado em garantia não poderá ser usado pelo devedor, a não ser com autorização do credor, se tal bem não for destinado à atividade profissional do alienante fiduciário. Quer dizer, um cidadão qualquer, que tenha um automóvel de passeio e o oferece como garantia em cédula de crédito bancário, somente poderá usá-lo, se o credor autorizar o seu uso.

Além disso, há uma disposição sobre a transferência da cédula por endosso, a significar que o credor poderá transferir a particulares os créditos garantidos com alienação fiduciária, autorizando a qualquer um cobrar a cédula com suas garantias, inclusive exigindo a prisão do devedor, medida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda admite. Essa extensão da garantia da alienação fiduciária, com relação à limitação do uso do bem, e a possibilidade do endosso da cédula a qualquer pessoa, com ação de depósito e eventual prisão civil do devedor por inadimplemento da prestação, não existiam no Brasil; aliás, penso que não existe em nenhuma legislação do mundo ocidental.

Nunca se permitiu a alguém, que não fosse instituição financeira ou equiparada, cobrar juros acima da taxa legal. Nesses casos, muitas vezes têm sido considerados fraudulentos os negócios que encobrem juros onzenários, como venda com cláusula de retrovenda, ou outros expedientes diversos que a argúcia humana descobre para burlar a lei, como o contrato da “vaca papel”, comum nos Estados do centro do país. A Medida Provisória 2.172-32, de 23.08.2001, veio dispor sobre as sanções a serem aplicadas aos particulares que praticarem a usura, ato nulo que será apurado em juízo com a inversão do ônus da prova. No entanto, a Lei 10.931/2004, no seu art. 29, § 1.º, autoriza tal cobrança aos particulares que tiverem recebido em cessão as cédulas de crédito bancário:

“Art. 29. (...) § 1.º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula”.

O mesmo diploma define como título executivo o extrato unilateralmente emitido pelo banco, contrariamente à jurisprudência pacífica do STJ, que não reconhece executividade em tal documento. Além disso, permite recaia a garantia da alienação fiduciária sobre bem fungível, a ser objeto de ação de depósito, de modo diverso ao que era julgado no STJ.

10. O *Factoring*

O contrato de *factoring* decorre de duas realidades: para a *média e grande empresa*, a contratação massiva exige grande atividade na cobrança das faturas, que pode ser entregue a uma empresa especializada; para a *empresa de pequeno porte*, que não tem acesso facilitado aos bancos (por falta de cadastro, de tradição, de aplicações regulares, de tempo para aguardar a normal burocracia, etc.), é visto como meio para transformar a venda a prazo em moeda.

Por isso, pode-se dizer que, no primeiro caso, sobressai o *factoring* como uma técnica de gestão comercial; no segundo, como uma técnica financeira, pela substituição do crédito em moeda.

Observa-se uma tendência dos agentes de *factoring* em acentuar a sua atividade como de fomento de crédito, com serviços de apoio técnico, administrativo e gerencial ao lojista ou industrial, na seleção do crédito, contabilidade, acompanhamento, cobrança, financiamento, etc. Luiz Lemos Leite, da ANFAC, é quem mais se bate por isso. Mas o pequeno comércio é quem realmente utiliza o *factoring*, para satisfazer a sua necessidade imediata de liquidez, uma vez que a grande empresa usa normalmente os serviços bancários de cobrança e desconto, ou conta com departamentos próprios e especializados.

O negócio está sendo feito hoje com cheques pré-datados e não propriamente com duplicatas ou faturas.

Arnoldo Wald definiu o contrato de *factoring*: “Aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de *factoring*, ou seja, o factor, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão”. Para Arnaldo Rizzardo: “*Factoring* é uma relação jurídica entre duas empresas, em que uma delas entrega à outra um título de crédito, recebendo, como contraprestação, o valor constante do título, do qual se desconta certa quantia, considerada a remuneração pela transação”.

A modalidade definida no primeiro conceito acima corresponde ao *factoring* convencional, com cessão *pro soluto*, pela qual o risco da insolvência do comprador é assumido pelo faturizador. O lojista se desvincula do título e passa ao faturizador o risco da operação. Este cobra uma remuneração, e o seu quantitativo levará em conta o maior ou menor índice de inadimplência.

Mas também pode o *factoring* ter cláusula de cessão *pro solvendo*, no que então muito se aproxima do desconto bancário, devendo o faturizado ressarcir o faturizador pela inadimplência do devedor.

Qualquer que seja uma dessas modalidades, o *factor* cobra parcela a título de remuneração (ou encargo) pela operação, com o recebimento do título e entrega do numerário. No *pro soluto*, a remuneração levará em conta o risco da inadimplência, assumido pelo faturizador. No *pro solvendo*, a remuneração será inferior, porque menor o risco da perda total pelo faturizador, porquanto se o título não for pago, o faturizado deve substituí-lo por outro, ou restituir o que recebeu do faturizador. Com a

antecipação do numerário, o faturizador concede um crédito ao faturizado e, por isso, na sua remuneração, uma parcela corresponde a juro.

No *factoring* não há uma relação bancária. A empresa de faturização não é uma instituição financeira e, pois, pode cobrar juros apenas nos limites permitidos às relações civis comuns.

O *factoring* é uma realidade cada vez mais presente no nosso comércio; dificilmente um pequeno ou médio comerciante não utiliza a faturização como modo de realizar imediatamente o produto de suas vendas diárias. A maioria da compra a prazo hoje é feita com cheque pré-datado, que pode ser convertido em dinheiro no mesmo dia, sem maior formalidade pelo comerciante, mediante a entrega do título ao faturizador. Este cobra a remuneração que quiser, ou a que o mercado permitir, sem nenhum controle, porque não é considerado uma instituição financeira.

Pergunta-se, estaria a empresa de *factoring* submetida à Medida Provisória 1.820/99 (Medida Provisória 2.172/2001), sobre a proibição de agiotagem?

Lembro que: a) essa Medida Provisória, no inciso I do art. 1.º, refere-se a juros no contrato de mútuo e, no inciso II, aos outros contratos em que houver vantagem abusiva; b) no *factoring*, pode haver duas parcelas cobradas pelo faturizador: a remuneração ou encargo pelos serviços que presta, que não é juro, e uma parcela correspondente a juros, no *factoring pro solvendo*, pelo crédito atribuído ao faturizado.

A parcela de juros que está presente no *factoring pro solvendo* está limitada nos termos do Decreto 22.626/33. Como o faturizador não é instituição financeira, aplica-se-lhe a regra de limitação prevista para os juros dos demais negócios civis. No caso, a norma que limita juros para outros contratos, além dos oriundos dos contratos de mútuo, continua sendo o Decreto 22.626/33, que não foi revogado pelo Código Civil – pois este apenas se refere aos remuneratórios do mútuo – nem pela Medida Provisória 1.820/99 (Medida Provisória 2.172/2001), porque esta, quando menciona juros, também alude apenas ao contrato de mútuo. Juros fora do mútuo são regulados pelo Decreto 22.626/33, ou seja, não podem ser superiores ao dobro da taxa legal.

Na parte dos encargos, aplica-se ao *factoring*, seja *pro soluto* ou *pro solvendo*, o disposto no inciso II, do art. 1.º da Medida Provisória 2.172/

2001, que declara nulas as cláusulas de que resulte vantagem exagerada. Para essa parcela não há definição de quantitativo, nem remissão a qualquer outro índice, apenas é proibido o lucro excessivo, que correspondia à usura real da Lei 1.521/51, ou à lesão do art. 157 do CC/2002. A remuneração ou comissão que o *factor* cobra pelo negócio, em percentual sobre o valor de face, será tanto maior quanto maior o risco, mas não poderá ser excessiva a ponto de permitir a incidência das disposições restritivas acima enunciadas.

11. O Cartão de Crédito

Nos contratos de cartões de crédito, existe uma multiplicidade de relações: o contrato de prestação de serviços entre o titular e a administradora; o contrato entre esta e o lojista, com garantia de pagamento da fatura; o contrato de compra e venda entre o titular e o lojista; o contrato bancário entre a administradora e a instituição financeira, em caso de financiamento da compra ou de saque em dinheiro.

As administradoras foram definidas como entidades financeiras e, por isso, estão autorizadas a cobrar juros nos termos permitidos pelo Banco Central, ou seja, juros liberados pela taxa de mercado.

Acredito que há aí dois equívocos: a) as administradoras não captam recursos do público para financiar atividade de outros, quer dizer, não são entidades financeiras; isto, porque apenas atuam como intermediárias entre o cliente – que necessita de financiamento – e os bancos – que são instituições de crédito e concedem o financiamento com a garantia da administradora; b) as parcelas que as administradoras cobram não são exclusivamente juros, mas outras comissões, além dos juros que pagam ao banco pelo financiamento.

Os encargos do cartão, quando há financiamento ou saque, são divididos em 3 parcelas principais (além das despesas com inscrição, cadastro, administração, etc.): juros que a administradora contrata com o banco pelas taxas de mercado; comissão por essa atividade de ir ao mercado contratar financiamento; comissão pela garantia que oferece ao banco pelo pagamento da dívida. A soma dessas parcelas é que eleva o custo mensal do cartão aos patamares praticados.

Não se pode pretender que a administradora contrate financiamento pelas taxas de mercado e repasse a despesa no limite de 12%. Logo, só

por isso ela pode cobrar mais do que a taxa limite, não por ser instituição de crédito, mas por ser repassadora da despesa que fez no interesse do cliente, titular do cartão.

A definição da administradora como instituição financeira, pelo que autorizada a cobrar juros acima dos 12%, não resolve por inteiro a questão, pois a parcela de juros é apenas um dos três elementos que servem para compor a verba “encargos”. A orientação adotada não explica como podem ser cobrados os encargos que excedam a taxa média de juros no mercado, atribuídos ao titular do cartão, nem explica a inclusão de outras parcelas não oriundas de juros.

12. A Venda a Crédito

A venda a crédito é o negócio de compra e venda em que o comerciante, entregando o bem, oferece diretamente ao seu cliente certo prazo para o pagamento. Se houver financiamento por financeira dedicada ao atendimento do consumidor, muitas vezes com posto de atendimento na própria loja, então o contrato será bancário. Se a relação é apenas entre fornecedor e comprador, não há mútuo, mas simples crédito concedido pelo comerciante. Nesse caso, o comerciante, que não realiza financiamento, nem é uma instituição financeira, pode cobrar juro.

Juro é uma parcela devida não apenas no mútuo, mas em qualquer hipótese de concessão de crédito, e ainda em outras, nas quais não exista o crédito, mas em que são também devidos juros, como na desapropriação. Na venda a crédito, há também a possibilidade da cobrança dos juros, e esta taxa não pode corresponder àquela taxa dos juros dos contratos financeiros, porque o fornecedor não é uma instituição financeira. O fornecedor fica, assim, com o direito de cobrar juros nos termos da legislação civil.

Qual a taxa desses juros? O fornecedor (ordinário, comerciante de grandes redes de supermercados ou magazines) não é instituição financeira, pelo que não está regido pela Lei 4.595/64. Logo, não pode cobrar juros de acordo com a liberação que o Conselho Monetário Nacional concedeu aos bancos, ficando regido pela legislação que restringe os juros nas operações entre particulares.

Esses juros não estão sob a incidência do art. 591 do Código Civil de 2002, porque não decorrem de contrato de mútuo. Então, continuam

regulados pelo Decreto 22.626/33, que se refere a juros em qualquer contrato e os limita ao dobro da taxa legal. Essa taxa legal, se for de 12% ao ano, será de 24%. Se usada a SELIC, poderá ser o dobro da SELIC.

O problema é que o fornecedor, para conceder o crédito, pode ter tido a necessidade de recorrer ao mercado, a fim de obter recursos, e pagou as taxas bancárias, que talvez sejam superiores ao dobro da legal. Tal despesa pode ser repassada ao consumidor. Sem isso, sofreria prejuízo e limitaria as vendas a crédito.

As outras soluções seriam (1) a de encaminhar os compradores a uma agência financeira, ordinariamente instalada na própria loja, ou (2) o fornecedor montar uma financeira, como está acontecendo com as grandes empresas que vendem a crédito, ou (3) a loja montar essa financeira.

13. Os Juros no Código Civil de 2002

Em 2002, sobreveio o Código Civil, que tem duas disposições principais a respeito de juros.

No art. 591, dispõe sobre os juros remuneratórios no contrato de mútuo; são os interesses devidos pelo uso do capital. No contrato de mútuo concedido para fins econômicos, são presumidos, e não existe mais aquela disposição que exigia cláusula expressa para cobrança de juros remuneratórios. Esses juros são limitados à taxa que a Fazenda Nacional cobra dos contribuintes em mora, e nesse ponto faz remissão ao art. 406.

O art. 406 trata dos juros moratórios. Os juros devidos depois da mora, diz o artigo, podem ser cobrados por qualquer taxa, permitindo a lei sejam convencionados livremente. Se, por ventura, não forem convencionados, ou se o forem, mas sem taxa estipulada, aplica-se a cobrada pela Fazenda Nacional.

Aí temos quatro regras: (1) limitação dos juros remuneratórios, que sempre deverão atender ao teto cobrado pela Fazenda Nacional, sob pena de redução; (2) ilimitação dos juros moratórios convencionados, que o podem ser em qualquer taxa; (3) limitação dos juros moratórios, quando não convencionada a taxa, que deve atender ao limite dos juros cobrados pela Fazenda Nacional; (4) juros devidos nos casos determinados em lei, que atenderão a essa mesma taxa.

O art. 404 preceitua que, no inadimplemento da obrigação de dar, podem ser cobrados juros, custas, honorários e multa. No parágrafo úni-

co desse artigo, há uma disposição muito importante. Lembro que, nas obrigações de dar, o inadimplemento gera a obrigação de indenizar. No Brasil, sempre se entendeu que a indenização deveria corresponder única e exclusivamente aos juros. Isto é, quando um cidadão não paga uma obrigação e incide em mora, a indenização corresponde ao pagamento do principal acrescido de juros, sendo os moratórios a indenização por inadimplemento da obrigação de dar. Essa idéia foi agora derogada pelo parágrafo único do art. 404, que veio dizer: quando os juros são insuficientes para indenizar o credor pelo inadimplemento, o juiz pode fixar uma indenização suplementar.

Assim, pelo descumprimento da obrigação de dar, é possível, além dos juros, conceder uma outra parcela, a título de complementação indenizatória. Essa solução não era antes admitida, porque poderia servir à cobrança de juros acima da taxa autorizada, quebrando a regra que proibia a usura.

Certa vez, o STJ deferiu, ainda na vigência da lei antiga, indenização suplementar a ser paga pela seguradora que deixara de efetuar, em tempo razoável, o pagamento da indenização do seguro contratado, para o caso de incêndio da cozinha de um restaurante, tendo a demora impedido a reconstrução do prédio e a continuidade normal das atividades do segurado. Nesse caso, além dos juros, o tribunal concedeu uma indenização pela demora. É isto que agora está permitido no art. 404, parágrafo único, sob o título de indenização suplementar.

14. A Taxa de Juros no Código Civil de 2002, a SELIC, o Código Tributário Nacional e a Indenização Suplementar

A regra do Código Civil, que nos remete aos juros cobrados pela Fazenda Nacional, cria para o Direito Civil muitas dificuldades. O juiz do cível não decide sobre o juro cobrado pela Fazenda Nacional, sendo essa uma questão a ser resolvida pelo juiz do Direito Público, do Direito Tributário. Na maioria dos tribunais, inclusive no STJ, há turmas com competência para o Direito Tributário e, outras, para o Direito Civil. Ou seja, são distintos os órgãos que irão julgar a mesma questão. Assim como está, o juiz do cível fica subordinado ao que for decidido na seara do direito público, e poderá ser que ele tenha outra orientação a respeito desses juros, e daí o conflito. No Brasil, atualmente, há uma grande contro-

vérsia sobre quais são os juros devidos pela Fazenda Nacional, conforme veremos adiante.

Por tudo isso, pertinente a pergunta: qual a taxa a que se refere o Código Civil, nos arts. 406 e 591, sobre os juros remuneratórios, que não podem passar de um certo limite, e os moratórios, que na falta de estipulação da taxa, devem ter o mesmo teto? De todas, qual a taxa aplicável: a taxa SELIC, a de 12% – nos termos do Código Tributário Nacional – ou uma outra taxa?

O legislador não quis fixar um quantitativo – e fez bem –, porque esse número pode variar de um momento para outro, e toda definição terminaria dificultando a prática comercial. Mas a solução encontrada deixou também um vazio que se agravou, na medida em que deve ser preenchido com conceitos controvertidos do Direito Público.

Quando se realizou em Brasília, em 2002, a 1.^a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, os civilistas presentes decidiram que a taxa SELIC (compreensiva de juros e da correção monetária) não pode ser usada como critério para fixação da taxa de juros, mas sim a prevista no art. 161, § 1.º, do Código Tributário Nacional: “Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês”.

A verdade é que está em aberto o tema sobre o critério a ser usado para definir, segundo o Código, a taxa de juros. Mas é questão de grave repercussão no foro, uma vez que a conta de liquidação judicial, que antes incluía juros de 0,5% ao mês, hoje deve ser elaborada atendendo ao disposto no novo Código, isto é, incluir ou a SELIC ou 1% ao mês.

A taxa dos arts. 406 e 591 há de corresponder ao juro, e não à correção monetária, porquanto esta é outra parcela a ser calculada em separado, nos termos do Código Civil, art. 404: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

Ora, se a correção monetária é uma parcela das perdas e danos, que deve ser calculada segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e como a SELIC não é índice oficial de correção monetária, não há como confundir os dois fatores.

A SELIC tem embutidas a remuneração do capital e a desvalorização da moeda; se a correção é cobrada em parcela à parte, não pode ser incluída pela segunda vez no cálculo da dívida, por intermédio da SELIC. Logo, a SELIC somente poderia ser usada depois de excluída a inflação nela considerada. Mas isso não parece adequado, porque, além de um trabalho complexo, não daria nenhuma segurança quanto ao resultado, variando conforme o critério adotado.

Uma solução seria a cobrança apenas da SELIC, sem correção monetária. O resultado, porém, teria variações a favor ou contra uma das partes, conforme as circunstâncias. Assim, por exemplo, no momento em que a taxa SELIC é de 16% e a inflação de 10% ao ano, o deferimento apenas da SELIC a título de remuneração do capital e de atualização monetária significaria que os juros propriamente ditos seriam de 6% ao ano. Já com a utilização da taxa de juros de 12%, permitida pelo Código Tributário Nacional, mais o índice inflacionário, a cobrança de acréscimos chegaria a 22% (10% de inflação, 12% de juros).

Ademais, a SELIC é uma taxa usada para fins de política monetária, cambial e fiscal, nem sempre refletindo o custo do dinheiro. Tem sido empregada no campo tributário, mas com sérias resistências, como se vê do voto do Ministro Franciulli Neto no Agravo de Instrumento no RESP 215.881/PR.

Posso, assim, resumir os argumentos expendidos contra o uso da SELIC no *direito tributário*:

(1) a sua extensão foi feita por lei ordinária, quando deveria ter sido por lei complementar, e haveria aí evidente inconstitucionalidade, como ensinou o Professor Ricardo Pereira Lira em seminário sobre juros no Código Civil de 2002, realizado no BNDES, no Rio de Janeiro, em 11 de agosto de 2003;

(2) ela é fixada pelo COPOM, órgão do Governo, pelo que o credor fixaria a taxa de seus próprios juros moratórios, procedimento inaceitável;

(3) ademais, é uma taxa flutuante, que visa a remunerar a aquisição de títulos públicos e, ao mesmo tempo, corrige monetariamente seus valores.

No que diz com a aplicação da SELIC no âmbito do *direito privado*, assim resumo os argumentos contra a sua utilização como taxa de juros:

- (1) inclui a remuneração de capital e a correção monetária;
- (2) subordina o sistema privado à ordenação de direito público, que atende a diferentes princípios e adota outros critérios, com diversa finalidade;
- (3) inclui considerações de política monetária e cambial.

Mas a verdade é que existe a Lei 9.065, de 20.06.95, cujo art. 13 determina que os juros de mora incidentes no pagamento em atraso de tributos são cobrados pela taxa SELIC.

Como o Código Tributário Nacional, em seu art. 161, § 1.º, ao dispor sobre a taxa de 12%, faz a ressalva, “*se a lei não dispuser em contrário*”, somos levados a admitir, de início, que existe hoje uma norma legal a estabelecer outro índice que não os 12% ao ano, que é a Lei 9.065/95, que prevê a SELIC para a cobrança dos juros moratórios em favor da Fazenda.

No entanto, tenho que a taxa SELIC não pode ser aplicada nos casos do art. 406 do Código Civil.

Em primeiro lugar, pelas razões acima resumidas, pois não é uma taxa de remuneração de capital; não se caracteriza como parcela de indenização pelo inadimplemento; não é estipulada atendendo a essas finalidades; não se ajusta às peculiaridades do sistema obrigacional de direito privado, mas está atrelada a muitas e distantes razões de Estado a que serve como instrumento da política monetária e cambial, no controle do fluxo da moeda, da inflação e do comércio exterior. Também, não reflete a desvalorização da moeda, antes tem sido usada para conter a inflação. Servindo às políticas públicas, é imprópria para ser usada como taxa de juros nas relações privadas.

Em segundo lugar, o juiz do cível simplesmente não poderá aplicar a SELIC, porque está fora do sistema instituído pelo Código Civil; não é taxa de juros, nem é índice de inflação. Aplicando-a como parcela única, o juiz descumpre a norma que prevê duas parcelas (juros + correção); se o juiz calcula cumulativamente a SELIC com o índice de correção, aplica duas vezes o efeito da inflação, o que está em desacordo com a lei, que prevê a incidência da inflação apenas uma vez, como é óbvio.

Por isso, somente resta ao juiz do cível aplicar a correção monetária de acordo com índice oficial, regularmente estabelecido (enquanto não

houver índice oficial, o que for praticado pelos Tribunais), e a taxa de juros de 1% ao mês, prevista pelo Código Tributário Nacional, no art. 161, § 1.º.

No referido seminário realizado na sede do BNDES, no Rio de Janeiro, em 2003, o Professor Antônio Carlos Porto Gonçalves observou que, depois da inadimplência, a multa e a elevação dos juros moratórios somente se explicam para impedir que o devedor se beneficie, aplicando seus recursos no mercado e obtendo mais do que se pagasse a dívida.

Nesse caso, acrescento, para evitar o estímulo à inadimplência, poderia o juiz deferir, além dos juros de 12% ao ano, uma *indenização suplementar*, nos termos do art. 404, parágrafo único, do Código Civil, no quantitativo necessário para desestimular o devedor a persistir em mora, enquanto obtém no mercado remuneração melhor para o dinheiro que deveria usar para solver o débito. Essa taxa suplementar poderia ser, conforme as circunstâncias, estipulada de modo suficiente a impedir o desvio do recurso e o benefício ilícito do devedor renitente.

A ressalva contida no Código Tributário Nacional, “*se a lei não dispuser de modo diverso*”, não pode servir de impedimento ao uso da taxa de 1% ao mês, no âmbito do direito civil. Apenas poderia ser aceita se existisse lei estipuladora de uma taxa correspondente somente aos juros devidos à Fazenda Nacional, pois foi a esta que nos remeteu o Código Civil. No momento em que tal norma não existe, e em seu lugar é usada uma norma de extensão, mandando aplicar a SELIC (que tem outros elementos e diversos propósitos) para a Fazenda Pública, foi dada à relação de direito público uma solução incompatível com o sistema do Código Civil. Logo, a ressalva do art. 161 do CTN não tem eficácia para dar suporte ao entendimento de que, no direito civil, deve ser usada a SELIC, assim como disposto na lei ordinária.

Nesses termos, permanece a regra geral do art. 161 do Código Tributário Nacional: a taxa de juros aplicável é de 12% ao ano, com outra parcela a título de correção monetária. E, para evitar o inconveniente de beneficiar o inadimplente contumaz, pode o juiz aplicar a regra do art. 404, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe sobre a indenização suplementar, e elevar a taxa a patamar suficiente para impedir o desvio dos recursos.

15. O Início da Fluência dos Juros

Outra dificuldade é estabelecer a data a partir de quando são contados os juros moratórios, segundo o Código Civil de 2002. Sabe-se que do fato ilícito (contratual, arts. 394 e 395; ou extracontratual, arts. 186 e 187, art. 927) surge a obrigação de pagar a indenização por perdas e danos, e nessas se incluem os juros moratórios.

As disposições do novo Código sobre a matéria geram uma certa perplexidade:

a) o art. 397 afirma que o inadimplemento de obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor;

b) o parágrafo único do art. 397 diz que, não havendo termo, a mora de obrigação positiva e líquida se constitui mediante interpelação;

c) já o art. 398 estabelece que, nas obrigações provenientes de ato ilícito, o devedor está em mora desde o fato;

d) mas o art. 405 reza que os juros são contados desde a citação inicial.

Ora, os juros moratórios, em princípio, são devidos desde o momento da mora. A mora se dá com o inadimplemento. Assim, propõe-se a seguinte interpretação:

- Na *obrigação positiva e líquida*, a mora se dá no vencimento e desde então correm os juros;

- Na *obrigação positiva e líquida sem termo certo*, dependente de interpelação, os juros são devidos a partir desta, embora a mora já seja considerada desde o inadimplemento (art. 394: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento (...) no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.);

- Na *responsabilidade contratual* (cobrança de indenização pelo descumprimento, por exemplo), e em todos os outros casos em que não exista obrigação positiva e líquida (como na responsabilidade pré-contratual), embora a mora já exista desde o inadimplemento, os juros correm da citação (art. 405);

- Na *responsabilidade extracontratual por fato ilícito* absoluto, a mora é desde o fato (art. 398) e os juros são devidos desde o fato (Súmula 54/STJ).

16. A Vigência do Código Civil de 2002 quanto aos Juros

Questão relevante é a aplicação do novo Código Civil aos contratos já celebrados. O art. 2.035 estabelece que a validade dos negócios obedece às leis existentes ao tempo do contrato, isto é, rege-se pela lei velha. Já os efeitos produzidos depois da entrada em vigor do novo Código são por ele regulados. Ora, efeito do contrato é inadimplemento, é resolução, é extinção, é juro, é indenização por perdas e danos, etc. Se aplicável o novo diploma, essas questões serão resolvidas à luz dos princípios do novo Código Civil, que são absolutamente diferentes dos do Código velho, pois agora temos a boa-fé, a onerosidade excessiva, a lesão, o abuso do direito, o enriquecimento sem causa, ausentes do Código de 1916.

Se formos examinar os efeitos do contrato de acordo com essa nova lei, teremos de aplicar, inclusive para juros remuneratórios vencidos depois de sua vigência, as disposições limitativas dos juros.

Acontece que, ao julgar a ADIN 493, o Supremo Tribunal Federal examinou a incidência da Taxa Referencial (TR) como critério de correção das dívidas oriundas de contratos celebrados no sistema financeiro da habitação, anteriores à publicação da lei que instituiu a TR, em 1991.

Depois de referir os três tipos de retroatividade – (1) a retroatividade de *máxima*, que permite a incidência da nova lei a fatos acontecidos antes da vigência da nova lei, mesmo que com trânsito em julgado e ainda que já esgotado o negócio, como o foi a Ordenação que determinou a devolução dos juros já pagos; (2) a retroatividade *média*, que atingiria os efeitos acontecidos antes, mas ainda não efetivados na vigência daquela lei, como, por exemplo, os juros vencidos antes, mas ainda não cobrados; (3) a retroatividade *mínima*, que consistiria em incidir sobre os efeitos dos contratos ocorridos depois da vigência da nova lei – o Tribunal concluiu que, no Brasil, o sistema constitucional proíbe a retroatividade máxima, a média e a mínima. Mesmo os efeitos dos contratos celebrados antes, mas ocorridos depois da nova lei, não podem ser regidos pelo novo diploma, e continuam regidos pela lei velha. Com isso, afastou a incidência da TR sobre os contratos de financiamento de aquisição de casa própria celebrados antes de 1991.

Tal entendimento, se aplicado para o nosso caso, significaria que o Código Civil de 2002 não regulará os efeitos novos dos contratos anti-

gos, postergando por muitos anos a aplicação do novo Código, seja com relação à validade, que deve ser regulada pela lei velha, seja com relação à eficácia desses negócios.

Estou a dizer isso, porque toda a regulação do Código Civil com relação a juros, devidos em razão de contratos já celebrados, tem sua aplicação dependente desse entendimento. A mim parece absolutamente inconveniente seja afastada a nova lei. Essa idéia de que, num contrato, a manifestação de vontade das pessoas deve prevalecer ao infinito, mesmo contra a mudança da lei, mesmo contra a mudança da Constituição da República, mesmo quando já se alterou o conceito social a respeito de certos fatos, é uma reminiscência daquele princípio da supremacia absoluta da vontade.

Mais grave ainda se pensarmos a norma contida no parágrafo único do art. 2.035, segundo a qual nenhuma convenção deve prevalecer se for contrária à ordem pública. Se vigorar a supremacia dos contratos já convençionados, essa disposição a eles não se aplicaria, mantidos ainda que contrários à ordem pública, o que me parece um exagero.

Por isso, entendo que o disposto no art. 2.035 do Código Civil deve ser aplicado por inteiro, na expectativa de que não venha a ser declarado inconstitucional.

17. Resumo

De tudo o que foi dito, faço um breve resumo.

(a) Há dois regimes para os juros: as instituições financeiras estão regidas pela Lei 4.595/64, com regulação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, e pela Lei 10.931/2004, que instituiu a cédula de crédito bancário; os particulares estão submetidos ao Código Civil, ao Decreto 22.626/33 e à Medida Provisória 2.172/2001.

(b) Os contratos bancários celebrados pelas instituições financeiras atendem ao seguinte:

- Os juros remuneratórios podem ser estipulados de acordo com a taxa média de mercado, o que significa que não estão subordinados ao limite de 12% ao ano;
- A capitalização não é permitida (Súmula 121/STF), salvo para as cédulas de crédito bancário e para os contratos celebrados nos termos

do Decreto-Lei 167/67, do Decreto-Lei 413/69 e da Lei 6.840/80, sobre créditos agrícola, industrial e comercial, que autorizam a capitalização, desde que neles prevista;

- Depois da inadimplência, os bancos podem cobrar comissão de permanência pela taxa média de mercado, que não pode ser cumulada com correção monetária, mas que se soma à multa (de 2%, depois de 1996) e aos juros de mora de 1% ao mês. Os títulos de crédito regidos pelas leis especiais acima indicadas não admitem comissão de permanência (por falta de previsão), e à mora corresponde elevação de apenas mais 1% ao ano (por disposição expressa);

- As administradoras de cartão de crédito foram definidas pelo STJ como instituições de crédito e por isso autorizadas a cobrar juros liberados, nos termos acima descritos.

(c) Os credores que não são instituições financeiras estão regidos pelo Decreto 22.626, pela Medida Provisória 2.172 e pelo Código Civil, nos seguintes termos:

- Os juros remuneratórios, nos contratos de mútuo vencidos depois de 10 de janeiro de 2003, são regulados pelo Código Civil de 2002, art. 591;

- Os juros devidos em outros contratos que não de mútuo (por exemplo, compra e venda a crédito, *factoring*), continuam regidos pelo Decreto 22.626/33, porque nenhuma outra lei a eles se referiu, e a regra do art. 1.º do Decreto 22.626/33 é compatível com a legislação vigente. Isto é, os juros, em tais casos, não podem ser superiores ao dobro da taxa permitida (no limite do art. 406 do Código Civil);

- Para os juros nos contratos de mútuo, aplica-se a Medida Provisória 2.172/2001, art. 1.º, inc. I: as taxas não podem ser superiores às legalmente permitidas, ou seja, não podem ultrapassar o limite estipulado no art. 406 do Código Civil;

- Estão revogadas as disposições do Decreto 22.626 referentes a juros em contratos de mútuo e à lesão nos demais contratos, porque versados na Medida Provisória 2.172 e no Código Civil. Também está revogada, para as questões de direito civil, a parte da Lei 1.521/51 que tratou da usura pecuniária e da usura real (esta versada no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil);

- Para a lesão nos demais contratos, incide a mesma Medida Provisória, art. 1.º, inc II, no que for compatível com o novo Código Civil, o próprio Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, na relação de consumo;

- Continuam em vigor as disposições que existem sobre as desapropriações e outras leis especiais que versam sobre juros, taxas de juros e datas a partir de quando devem ser contados. Na desapropriação, há diferentes tempos para contar juros compensatórios ou moratórios, conforme a lei de desapropriação e a jurisprudência acerca do tema, com várias súmulas;

- Na venda a crédito, se o financiamento não é concedido por uma instituição financeira, o fornecedor fica também submetido aos limites da legislação civil. Como a Medida Provisória 2.172 apenas se refere aos contratos de mútuo, prevalece para essa hipótese a regra do Decreto 22.626, que proíbe, no seu art. 1.º, a cobrança de juros pelo dobro da taxa legal em qualquer contrato (não apenas nos contratos de mútuo); quer dizer, também na compra e venda a prazo. Para esse fim, impende definir o limite previsto no Código Civil, que estou entendendo ser de 12% ao ano ($12 \times 2 = 24\%$ ao ano). É possível o repasse de custos de financiamento.

(d) Os títulos de crédito industrial, comercial e rural (Decreto-Lei 167, de 14.02.1967, Decreto-Lei 413, de 09.01.1969, e Lei 6.840, de 3.11.1980) estão submetidos à regulação própria, constante desses diplomas. Nesses casos, no entendimento do STJ, prevalece ainda o limite dos 12% para os juros remuneratórios, uma vez que tais financiamentos são especialmente incentivados; para eles, não existe disposição do Conselho Monetário Nacional liberando os juros. É proibida a comissão de permanência, não prevista na legislação; pela mora, os juros apenas podem ser elevados de 1%, conforme disposição expressa; é admitida a capitalização, desde que incluída na previsão contratual.

(e) No que diz com o termo inicial da contagem dos juros moratórios, no sistema do Código Civil: são devidos desde o vencimento, nas obrigações certas e líquidas com termo certo; desde a interpelação, nessas mesmas obrigações, mas sem termo certo; desde o fato, na indenização por fato ilícito absoluto; desde a citação inicial, nos demais casos (obrigações ilíquidas).

(f) A taxa de juros remuneratórios nos contratos de mútuo (art. 591 do Código Civil de 2002), excluídos os contratos bancários, está limitada à taxa aplicada pela Fazenda Nacional aos débitos fiscais, como tal se entendendo o percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1.º, do Código Tributário Nacional.

(g) A taxa de juros moratórios (art. 591 do Código Civil) pode ser convencionada; se não o for, e nos casos de juros previstos em lei, aplica-se a regra do art. 406, do mesmo diploma.

(h) A essa taxa de juros moratórios o juiz pode acrescentar, a título de indenização suplementar e para desestimular a inadimplência, uma outra parcela, nos termos do art. 404, parágrafo único, do Código Civil.